



**You have downloaded a document from  
RE-BUS  
repository of the University of Silesia in Katowice**

**Title:** Partnerstwo publiczno-prywatne

**Author:** Michał Kania

**Citation style:** Kania Michał. (2017). Partnerstwo publiczno-prywatne. W: R. Blicharz (red.), "Przedsiębiorca : zagadnienia wybrane" (S. 347-369). Katowice : Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI  
W KATOWICACH



Biblioteka  
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki  
i Szkolnictwa Wyższego

## XIII. Partnerstwo publiczno-prywatne

### A b s t r a c t

#### **Public-Private Partnership**

The public-private partnership is one of the methods by which public authorities may fulfil tasks. The public-private partnership should be construed in a broad sense, as any kind of cooperation between the public and the private sector which aims to serve the broadly understood common good, or as a partnership cooperation to carry out relatively large projects aimed at providing public services. This cooperation has various structural/legal forms and configurations, depending on how advanced an integrated approach to the project is, as well as on the specific character of a given service and the type of services which are to be provided.

Pursuant to union law, a public-private partnership can be described as a long-term, contractually regulated cooperation between public authorities and the private sector to carry out public assignments, in which the requisite resources are placed under joint management and project risks are apportioned appropriately on the basis of the risk management skills of the project partners. The purpose of public-private partnership contracts is to enable public authorities to benefit from the design, construction and management skills of private enterprises and, if necessary, from their financial skills.

It gives a unique possibility of cooperation between the public and private sector. The special role of PPP is connected with the aspects of innovation and "green" solutions. PPP is very popular in many EU countries, among others in: France, Germany and the UK.

There are great expectations connected with this method in Poland. Since there are many needs in Polish infrastructure sector, it is of crucial importance to get the knowledge and adequate legal regulations refereeing PPP. The key role in PPP is played by economic and financial analyses, the choice of a private partner and the agreement. In this article, the author considers the possibilities of using PPP in Polish practice. There is also essential information about legal solutions in Poland.

## **Wprowadzenie**

Wzrastające oczekiwania wobec zakresu oraz poziomu usług publicznych wymuszają w praktyce stosowanie nowych metod realizacji zadań publicznych. Brak

środków publicznych, jak również zapotrzebowanie na rozwiązania innowacyjne, przyjazne środowisku kierują działania podmiotów publicznych w stronę sektora prywatnego. Współpracę pomiędzy podmiotami publicznymi a sektorem prywatnym określa się mianem partnerstwa publiczno-prywatnego.

Partnerstwo publiczno-prywatne cieszy się niesłabnącą popularnością w rozwiniętych gospodarczo krajach świata, w tym w wielu państwach Unii Europejskiej<sup>1</sup>. Co więcej, po okresie chwilowego spadku realizacji inwestycji publicznych przy wykorzystaniu metody PPP w ostatnim czasie widoczny jest wyraźny wzrost jej zastosowania w licznych sferach usług publicznych<sup>2</sup>. Zauważyć należy, iż po przedmiotową konstrukcję chętnie sięgają jednostki samorządu terytorialnego, realizując za jej pomocą wiele ważnych inwestycji<sup>3</sup>.

Powodów wykorzystywania PPP jest wiele. Po pierwsze, wskazuje się, iż metoda ta stwarza podmiotom publicznym możliwość wykorzystania wiedzy oraz *know-how* wysoko wyspecjalizowanych przedsiębiorców prywatnych. Cecha ta nabiera szczególnego znaczenia w dobie poszukiwania rozwiązań innowacyjnych, które wpisują się w realizację strategii *Europa 2020*. Rozsądnie działający sektor publiczny zdaje sobie bowiem sprawę z tego, iż innowacje płyną w dużym stopniu z sektora prywatnego, dysponującego zasobami odpowiednimi do przeprowadzania badań, wdrażania oraz *controllingu* rozwiązań innowacyjnych. Prawidłowo skonstruowane PPP daje możliwość skorzystania z tych rozwiązań na zasadach partnerskiej współpracy. Dostrzegając ten trend, ustawodawca unijny wprowadził *de lege lata* do nowej dyrektywy zamówieniowej konstrukcję partnerstwa innowacyjnego. Zgodnie z pkt. 49 preambuły do wspomnianej dyrektywy instytucje zamawiające powinny mieć dostęp do szczególnej procedury udzielania zamówień, gdy dostępne na rynku rozwiązania nie mogą zaspokoić potrzeby opracowania innowacyjnego produktu lub usługi, lub innowacyjnych robót budowlanych oraz późniejszego zakupu wynikających dostaw, usług lub robót budowlanych. Ta szczególna procedura powinna umożliwić instytucjom zamawiającym ustanowienie długotrwałego partnerstwa innowacyjnego w celu opracowania, a następnie zakupu nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, pod warunkiem, że taki innowacyjny produkt, usługa lub roboty budowlane mogą być wykonane zgodnie z ustalonymi poziomami wydajności i kosztami, bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia dla ich zakupu.

---

<sup>1</sup> Por. Raport pt. *Market Update Review of the European PPP Market 2015*, European Public-Private Partnership Centre, s. 2 i nast.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Por. Raport rynku PPP. *Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce*, red. B. KORBUS, R. CIEŚLAK, D. ZALEWSKI, Warszawa 2013, s. 16.

Po drugie, realizacja inwestycji publicznych przy wykorzystaniu PPP prowadzi do szybszej i jakościowo lepszej realizacji zadań publicznych<sup>4</sup>. Stan taki wynika przede wszystkim z mechanizmów zachęty biznesowej dla partnerów prywatnych. Co do zasady partner prywatny otrzymuje bowiem wynagrodzenie dopiero od momentu uruchomienia obiektu bądź świadczonej w tym obiekcie usługi. W związku z tym przywiązuje on wagę do terminowego zakończenia budowy czy też rozpoczęcia funkcjonowania powstającego w ramach współpracy z sektorem publicznym obiektu. Wysoki standard realizowanej instytucji wynika natomiast przede wszystkim z długookresowego charakteru umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Umowy te zawierane są bowiem zwykle na okresy kilkunastu czy też kilkudziesięciu lat, a zysk partnera prywatnego przy prawidłowo skonstruowanej umowie uzależniony powinien być przez cały okres jej trwania od faktycznej dostępności i jakości powstałej lub zarządzanej infrastruktury. Inaczej zatem aniżeli przy konstrukcji klasycznych zamówień publicznych, partner prywatnym ponosi *de facto* odpowiedzialność gwarancyjną przez cały okres funkcjonowania powstałej infrastruktury.

Po trzecie, konstrukcja PPP zapewnia podmiotowi publicznemu dodatkowe źródło finansowania zadań publicznych. Najczęściej bowiem konstrukcja współpracy z partnerem prywatnym zakłada, iż to właśnie partner prywatny finansuje realizację powstającego obiektu lub też ponosi koszty operacyjne zarządzania nim oraz jego utrzymania.

Po czwarte, w konstrukcji partnerstwa publiczno-prywatnego mieści się wiele wariantów współpracy, co okazuje się być wygodnym rozwiązaniem dla sektora publicznego. Współpraca ta obejmować bowiem może wybudowanie i utrzymanie określonej infrastruktury, wyłącznie zarządzanie nią, bądź też np. rozbudowanie i unowocześnienie istniejącego już obiektu.

PPP niesie jednak ze sobą również pewne zagrożenia. W pierwszej kolejności warto zwrócić uwagę na możliwą utratę przez podmiot publiczny wpływu na sposób realizacji projektu. Stan taki może być wynikiem wadliwego skonstruowania postanowień umowy o PPP. W celu uniknięcia takiej sytuacji rekomenduje się, aby w umowie tej znalazła się wiązka uprawnień podmiotu publicznego polegających na:

- prawie do kierowania i kontroli projektu / nadzoru nad projektem;
- prawie do wymierzania sankcji za nienależytą realizację projektu;
- prawie do jednostronnego wypowiedzenia umowy w przypadku poważnych naruszeń postanowień umowy;
- prawie do uzyskiwania od partnera prywatnego w każdym czasie wszelkich informacji związanych z realizacją projektu;

---

<sup>4</sup> Źródło: *Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce*, red. J. HAUSER, Warszawa 2013, s. 11, por. także *Public-Private Partnerships: Alternative Procurement Methods for Campus Development in the University of California System*, A Bay Area Council Economic Institute White Paper, June 2010, s. 8.

- możliwości zastrzeżenia konieczności uzyskiwania przez partnera prywatnego zgody podmiotu publicznego na podjęcie określonych czynności.

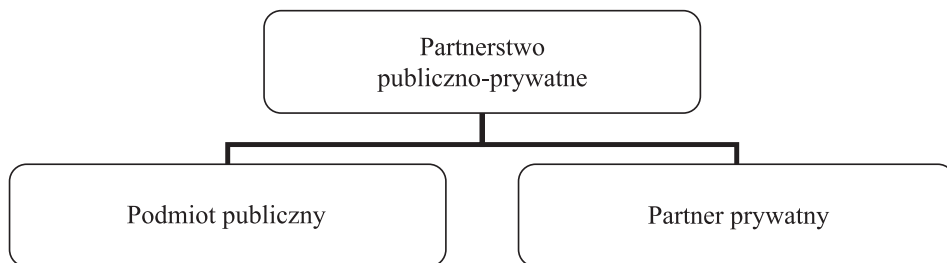
Na konieczność należytego, starannego ukształtowania mechanizmów ochrony interesu strony publicznej zwraca się uwagę zarówno w praktyce stosowania PPP, jak i w doktrynie<sup>5</sup>.

Kolejne zagrożenie związane z wykorzystywaniem partnerstwa publiczno-prywatnego dotyczy mylnego wyobrażenia o jednorodnym charakterze wszystkich przedsięwzięć realizowanych w ramach tego typu współpracy. Tymczasem poszczególne dziedziny, w których wykorzystywane może być PPP, znacznie się od siebie różnią, co wymaga „szycia na miarę” określonych rozwiązań prawnych, ekonomicznych i technicznych.

Wymieniając zagrożenia związane z wykorzystywaniem PPP, warto również zwrócić uwagę na brak odpowiedniego przygotowania przez podmiot publiczny analiz przedrealizacyjnych. Sytuacja taka skutkuje bądź brakiem możliwości wypracowania konsensusu z partnerem prywatnym w trakcie negocjacji, bądź też wadliwą konstrukcją umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ponadto niepożądanym zjawiskiem jest ignorowanie wyników analiz przedrealizacyjnych. Na ten aspekt zawierania umów o PPP zwróciła uwagę w swoim raporcie Najwyższa Izba Kontroli<sup>6</sup>.

## 1. Pojęcie i cechy partnerstwa publiczno-prywatnego

Partnerstwo publiczno-prywatne stanowi metodę realizacji zadań publicznych przez podmioty publiczne we współpracy z partnerami prywatnymi.



Jest ono często w literaturze przedmiotu określane jako złożony proces obejmujący całokształt działań organizacyjnych, począwszy od sporządzania analiz aż do zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym i następnie wspólnego

<sup>5</sup> Por. *Informacja o wynikach kontroli. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2013, s. 21; M. KANIA: *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013, s. 370.

<sup>6</sup> Por. *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 5 i 6.

faktycznego realizowania przedsięwzięcia<sup>7</sup>. Z punktu widzenia praktyki w partnerstwie publiczno-prywatnym wyróżnia się kilka faz, obejmujących następujące etapy: identyfikacji projektu, wyboru partnera prywatnego i negocjacji warunków umowy, zawarcia umowy oraz realizacji projektu.

W świetle art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>8</sup> przedmiotem partnerstwa jest wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym. Partnerstwo publiczno-prywatne zakłada odstępianie od zasady finansowania świadczenia usług publicznych wyłącznie środkami publicznymi, na rzecz zastąpienia ich kapitałem prywatnym.

Warto wskazać w tym miejscu na definicje PPP, które funkcjonują w dwóch porządkach prawnych najczęściej i najsukuteczniej wykorzystujących omawianą instytucję, tj. w Wielkiej Brytanii oraz we Francji. W piśmiennictwie brytyjskim przez partnerstwo publiczno-prywatne (ang. *Public-Private Partnerships*) rozumie się długoterminową umowę zawieraną pomiędzy sektorem publicznym a partnerami prywatnymi, której przedmiotem jest zaprojektowanie, wykonanie oraz sfinansowanie infrastruktury publicznej przez sektor prywatny. Ten rodzaj współpracy charakteryzuje się zagwarantowaniem płatności pochodzących ze środków użytkowników na rzecz partnerów prywatnych<sup>9</sup>. We francuskiej doktrynie prawa administracyjnego wskazuje się natomiast, iż od końca lat 80. XX wieku, pod presją konieczności zaspokojenia potrzeb finansowych i pod wpływem przykładów płynących z zagranicy, zwłaszcza z Wielkiej Brytanii, władze publiczne zastanawiały się nad nowymi konstrukcjami umownymi, mającymi na celu realizację inwestycji, usług oraz obiektów publicznych<sup>10</sup>. W wyniku prowadzonych prac doszło do stworzenia nowych instrumentów prawnych przejawiających cechy wspólne, określanych zbiorczym mianem partnerstwa publiczno-prywatnego (fr. *Partenariat publics-privé*). Wskazuje się przy tym na dwie sytuacje takiego partnerstwa. W pierwszej partnerstwo jest możliwe do zastosowania na gruncie przepisów szczegółowych, takich jak wznoszenie budynków przeznaczonych dla służby penitencjarnej. Potocznie mówi się w takiej sytuacji o partnerstwie sektorowym. W drugiej partnerstwo możliwe jest do zastosowania na gruncie ordonansu n° 2004–559 z dnia 17 czerwca 2004 r., który ustanowił nową kategorię umów administracyjnych – umowę o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>11</sup>.

Przechodząc do omówienia cech PPP, wskazać należy, iż oparte jest ono na długoterminowej współpracy pomiędzy stronami umowy. Umowy o PPP zawie-

<sup>7</sup> Por. M. KULESA, M. BITNER, A. KOZŁOWSKA, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 33.

<sup>8</sup> Dz.U. nr 19, poz. 100.

<sup>9</sup> Por. E.R. YESCOMBE, *Public Private Partnership. Principles of Policy and Finance*, Oxford 2007, s. 3.

<sup>10</sup> Por. P.L. FRIER, J. PETIT: *Precis de droit administratif*, Paris 2010, s. 348.

<sup>11</sup> Ibidem.



rane są na okres kilku, kilkunastu, a nawet kilkudziesięciu lat. Decyzja o wykorzystaniu partnerstwa publiczno-prywatnego jako metody realizacji zadania publicznego wymaga zatem spojrzenia poza okres kadencji osób zarządzających określonym podmiotem publicznym. Krótsze okresy obowiązywania umowy dotyczą przede wszystkim tych przedsięwzięć, w których partnerzy prywatni zobowiązują się do utrzymania i zarządzania infrastrukturą już istniejącą. Infrastruktura taka pozostaje zwykle w dobrym stanie technicznym, niewymagającym nadmiernych remontów bądź też stanowi całkowicie nowy obiekt.

Okres, na jaki zawierana zostaje umowa, uzależniony jest przede wszystkim od okresu spłaty kosztów inwestycyjnych poniesionych przez partnera prywatnego oraz okresu jego „realnego” zarobku. Z tego powodu w projektach PPP kluczowe znaczenie odgrywa analiza wskaźników finansowych, takich jak: *Payback Period*<sup>12</sup>, *Net Present Value*<sup>13</sup>, *Internal Rate Ratio*<sup>14</sup>, *Cost Benefits Analysis*<sup>15</sup>, *Value for Money*<sup>16</sup>.

Podstawowymi zadaniami, jakie powinny być realizowane na podstawie umów o PPP, są zadania publiczne. Wśród nich w praktyce wyróżnia się następujące obszary:

- sektor transportowy, w skład którego wchodzi aktywa umożliwiające przemieszczanie się środków transportu, takie jak drogi, mosty, tunele, szlaki

---

<sup>12</sup> Okres zwrotu z inwestycji jest to czas, po jakim następuje zwrot nakładów poniesionych przez inwestora na realizację projektu. Inaczej mówiąc, jest to czas, w jakim zgodnie z przewidywaniami wartość początkowych nakładów inwestycyjnych zrówna się z wartością skumulowanych wolnych przepływów wygenerowanych przez projekt. Wskazana metoda służy często w praktyce do uszeregowania konkurencyjnych projektów inwestycyjnych ze względu na kryterium czasu niezbędnego do uzyskania zwrotu z inwestycji.

<sup>13</sup> Wartość bieżąca netto inwestycji to różnica pomiędzy sumą wartości zdyskontowanych przepływów pieniężnych wygenerowanych przez inwestycję a wartością nakładów poniesionych na realizację inwestycji. Inaczej mówiąc, wartość bieżąca netto jest sumą zaktualizowanych na moment rozpoczęcia inwestycji wszystkich wolnych przepływów pieniężnych (dodatnich oraz ujemnych) wygenerowanych przez analizowany projekt.

<sup>14</sup> Wewnętrzna stopa zwrotu przedsięwzięcia jest stopą dyskontową, dla której suma zdyskontowanych przepływów netto jest równa zero. Inaczej mówiąc, wewnętrzna stopa zwrotu jest to stopa dyskontowa, przy której zaktualizowane na moment rozpoczęcia inwestycji, dodatnie, wolne przepływy pieniężne zrównują się ze zdyskontowanymi przepływami ujemnymi.

<sup>15</sup> Powszechnie używanym, również w projektach PPP, narzędziem badania kosztów, zagrożeń oraz korzyści społecznych, zwanych przez Wytyczne Komisji Europejskiej elementami pozafinansowymi, jest analiza kosztów-korzyści (*Cost-Benefit Analysis*). Ma ona na celu wskazanie korzyści pośrednich, niewynikających bezpośrednio z analiz finansowych projektu, a mających wpływ na jego otoczenie społeczne, w tym na finanse publiczne, wydatki i dochody ludności, która bezpośrednio lub pośrednio będzie czerpać korzyści z realizacji takiego projektu.

<sup>16</sup> Analiza *Value for Money* definiowana jest jako zaktualizowana wartość netto przepływów pieniężnych (NPV), z uwzględnieniem korzyści ekonomicznych – społecznych i pośrednich, często opisywana skrótem ENPV. *Value for Money* pozwala na porównanie realizacji przedsięwzięcia w formule tradycyjnej z metodą PPP. Miernik *Value for Money* powinien uwzględniać aspekty finansowe oraz ekonomiczne, tzn. społeczne i pośrednie.

wodne, linie kolejowe, a także terminale, gdzie pasażerowie i towary wchodzą na daną trasę bądź ją opuszczają, jak np. dworce kolejowe, terminale i lotniska. W części infrastruktury drogowej sektor ten obejmuje system kontroli bezpieczeństwa i zapewnienia ciągłości ruchu, w tym m.in. oznakowanie, sygnalizację, programy informatyczne<sup>17</sup>;

- sektor opieki zdrowotnej obejmujący budowę i modernizację placówek szpitalnych, ośrodków podstawowej opieki medycznej, placówek stałego pobytu dla osób starszych, przewlekłe lub umysłowo chorych, przygotowanie i wdrażanie systemów informatycznych, wdrażanie nowych technologii, usługi kliniczne<sup>18</sup>;
- sektor ochrony środowiska obejmujący gospodarkę odpadami komunalnymi oraz gospodarkę wodno-kanalizacyjną<sup>19</sup>;
- sektor budowy lub modernizacji budynków publicznych obejmujący m.in. budynki sądów, siedziby władz miejskich, rządowych i Policji;
- sektor sportu i rekreacji obejmujący m.in. budowę i modernizację obiektów sportowych, parków wodnych, obiektów rozrywkowych i kulturalnych<sup>20</sup>;
- sektor penitencjarny obejmujący m.in. budowę i utrzymanie budynków zakładów penitencjarnych, usługi polegające na edukacji więźniów, opiekę medyczną<sup>21</sup>.

Obok realizacji głównego zadania publicznego pojawia się również możliwość realizacji tzw. zadań komercyjnych. Dochody ze świadczenia tych usług stanowić mogą „dodatkowy” zarobek strony publicznej lub właściwe przychody partnera prywatnego. O tym, jak będą klasyfikowane wskazane dochody, decyduje wola stron wyrażona w zawartej umowie o PPP.

Partnerstwo publiczno-prywatne powinno prowadzić do urzeczywistnienia sytuacji, którą określa się mianem *win-win* („wygrywają” obie strony). Podejście do przedsięwzięcia z uwzględnieniem reguły *win-win* nabiera znaczenia w kontekście prawidłowego przygotowania postępowania w sprawie wyboru partnera prywatnego. Warto przypomnieć, iż według informacji dotyczących polskiego rynku PPP jedynie co piąte postępowanie w sprawie wyboru partnera prywatnego zakończone zostaje zawarciem umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Sytuacja taka może być wynikiem braku uwzględnienia potrzeb i oczekiwań drugiej strony umowy.

Kolejna cecha PPP związana jest z podziałem ryzyk. Wskazuje się mianowicie, iż partnerstwo takie bazuje na optymalnym podziale zadań i ryzyk. Przyjmuje się, iż określonym ryzykiem powinna zarządzać ta strona, która potrafi to uczynić najlepiej.

<sup>17</sup> Zob. *Partnerstwo publiczno-prywatne*, red. A. GAJEWSKA-JEDWABNY, Warszawa 2007, s. 168.

<sup>18</sup> Ibidem, s. 193–195.

<sup>19</sup> Ibidem, s. 209–210.

<sup>20</sup> Ibidem, s. 227–231.

<sup>21</sup> Ibidem, s. 244.



Partnerstwo publiczno-prywatne związane jest w każdym przypadku z elementem eksploatacji infrastruktury, której dotyczy umowa o PPP. Zgodnie z art. 2 pkt. 4 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym przedsięwzięcie oznacza:

- a) budowę lub remont obiektu budowlanego;
- b) świadczenie usług;
- c) wykonanie dzieła, w szczególności wyposażenie składnika majątkowego w urządzenia podwyższające jego wartość lub użyteczność; lub
- d) inne świadczenie

– połączone z utrzymaniem lub zarządzaniem składnikiem majątkowym, który jest wykorzystywany do realizacji przedsięwzięcia publiczno-prywatnego lub jest z nim związany.

Immanentną cechą PPP, różniącą partnerstwo od „klasycznych” zamówień publicznych, jest zatem właśnie ten aspekt połączenia realizacji przedsięwzięcia z utrzymaniem składnika majątkowego, który jest wykorzystywany do jego realizacji lub jest z nim związany, bądź z zarządzaniem tym składnikiem.

## 2. Geneza partnerstwa publiczno-prywatnego

Pierwszą polską ustawą poświęconą w całości regulacji partnerstwa publiczno-prywatnego była ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>22</sup>. Wraz z jej wejściem w życie w spektrum prawnych form działania administracji publicznej pojawiła się nowa forma, jaką jest umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>23</sup>. Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. była wynikiem trwających kilka lat prac nad instytucjonalizacją współpracy podmiotów publicznych z sektorem prywatnym, podejmowanej w celu efektywnej ekonomicznie i sprawnej realizacji zadań spoczywających na organach administracji publicznej, w tym na jednostkach samorządu terytorialnego<sup>24</sup>. Zasadniczym celem wprowadzenia tej ustawy do polskiego porządku prawnego stać się miało pobudzenie inwestycji sektora publicznego na skutek stworzenia optymalnych ram prawnych dla przedsięwzięć publicznych realizowanych z udziałem partnerów prywatnych, podejmowanych w celu osiągnięcia korzyści dla interesu publicznego. Ustawa miała również służyć usunięciu przeszkód, które powodowały, że przedsięwzięcia służące realizacji zadań publicznych były obciążone dużym ryzykiem dla obydwu stron. Wskazywano ponadto na edukacyjny i informacyjny

<sup>22</sup> Dz.U. 2005 nr 169 poz. 1420 z późn. zm.

<sup>23</sup> Por. M. KANIA, [w:] M. KANIA, P. MARQUARDT, *Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Toruń 2010, s. 4 i nast.

<sup>24</sup> Por. B.P. KORBUS, M. STRAWIŃSKI, *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2009.

charakter ustawy. Współpraca w celu wykonania zadań publicznych, na podstawie przepisów ustawy, miała wzorem innych krajów zagwarantować sprawność ich realizacji, jak również ich wykonanie na zasadach korzystnych dla podmiotów publicznych oraz partnerów prywatnych.

Z wykorzystaniem partnerstwa publiczno-prywatnego wiązano w Polsce duże oczekiwania, licząc na znaczne zainteresowanie – zarówno ze strony podmiotów publicznych, jak i partnerów prywatnych – możliwością zawiązywania zinstytucjonalizowanej współpracy przy realizacji licznych przedsięwzięć infrastrukturalnych i usługowych<sup>25</sup>. Partnerstwo publiczno-prywatne nie było jednak w praktyce wykorzystywane na podstawie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. Wskazuje się kilka przyczyn takiego stanu rzeczy. Jako pierwszą wymienić można nieprzygotowanie praktyczne podmiotów publicznych do wykorzystywania nowej metody realizacji zadań publicznych. Brak doświadczeń oraz częste niezrozumienie podstaw współpracy w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego skutkowało brakiem podejmowania decyzji o wykorzystaniu omawianej instytucji. Kolejną przyczyną był brak wsparcia podmiotów publicznych przez wyspecjalizowany personel prawno-ekonomiczny w zakresie współpracy opartej na partnerstwie publiczno-prywatnym. Innym powodem braku wykorzystywania partnerstwa publiczno-prywatnego były wady legislacyjne ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. Do głównych wad, błędnie *notabene*, zaliczano przede wszystkim: brak doprecyzowania kluczowych pojęć, takich jak zadania publiczne, czy też brak kryteriów określających korzyści dla interesu publicznego. Innym poważnym mankamentem wydawał się brak spójności przepisów zawartych w ustawie. W ocenie zaś projektodawcy nowej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym ustawa z 2005 r. nakładała na strony współpracy zbyt wiele obowiązków, które zniechęcały do zawiązywania partnerstwa publiczno-prywatnego. Co więcej przepisy ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym z 2005 r. nakładały takie same wymagania zarówno na projekty o dużej, jak i o małej wartości. Koszt przygotowania małego projektu w znacznej mierze uszczuplał oszczędności wynikające z formuły partnerstwa. W efekcie rozwiązania przyjęte w ustawie nakładały zbyt duże obciążenia administracyjne (biurokratyczne) oraz ograniczały wolność realizacji inwestycji przez partnerów publicznych i prywatnych<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Por. M. KANIA, *Legal Aspects of New Possibilities for Foreign Entrepreneurs*, [in:] *Free Movement of Goods and Persons Cross The Polish-Czech-Slovak Border. Legal Differences and Similarities*, ed. B. MIKOŁAJCZYK, Katowice 2012.

<sup>26</sup> Por. Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, druk sejmowy nr 1180, s. 29, źródło: <http://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKewjDmaGzqYvWahWDYpoKHWREDNUQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fww2.senat.pl%2Fk7%2Fdok%2Fsejm%2F024%2F1180.pdf&usg=AFQjCNEdQbT-fukMJhVzNdQOHU9TuU1BVEA> (dostęp: 22.03.2017).

Wskazane mankamenty doprowadziły do podjęcia prac nad zmianą ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Głównymi wytycznymi przyświecającymi opracowaniu nowej ustawy były: eliminacja zbędnych obciążeń administracyjnych oraz likwidacja nadmiernych ograniczeń, także co do przedmiotu i treści samej umowy. Wszystkie przepisy, które znalazły się w projekcie, są wyrazem pięciu podstawowych założeń, tj.: (1) przyznania zainteresowanym jak największej swobody kształtowania partnerstwa, (2) ochrony najważniejszych interesów publicznych, (3) ochrony uzasadnionych interesów partnerów prywatnych, (4) ochrony długu publicznego, (5) zgodności z prawem Unii Europejskiej<sup>27</sup>.

*Lege iuris* zagadnienie PPP regulowane jest na gruncie ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>28</sup>.

### 3. Modele partnerstwa publiczno-prywatnego

W praktyce gospodarczej wykształciły się następujące formy współpracy w ramach Partnerstwa publiczno-prywatnego<sup>29</sup>:

- 1) *Build-Operate-Transfer* – uznawany jest za podstawowy typ PPP. Co do zasady wskazana forma wydaje się najlepiej służyć większości inwestycji związanych z zaspokajaniem zbiorowych potrzeb ludności. Inne tryby partnerstwa stanowią niejako wariacje trybu podstawowego. W przypadku wskazanego trybu zawierana jest umowa, bądź ich większa liczba, na podstawie której partner prywatny zobowiązuje się do sfinansowania realizowanej przez siebie inwestycji infrastrukturalnej. Główny ciężar finansowania inwestycji ciąży właśnie na nim. Po wykonaniu przez partnera prywatnego prac przekazuje on prawo własności do wykonywanej inwestycji partnerowi publicznemu. Następnie partner publiczny, będący właścicielem infrastruktury, udostępnia ją na podstawie umowy cywilnoprawnej partnerowi prywatnemu, który użytkuje ją do czasu osiągnięcia zwrotu poniesionych nakładów i założonego zysku. Partner publiczny uzyskuje tym samym przez cały czas trwania partnerstwa określone wpływy budżetowe z tytułu udostępniania infrastruktury podmiotowi prywatnemu. Istotnym elementem tej formy współpracy staje się elastyczne określenie przewidywanego zysku, który ma zostać osiągnięty przez partnera prywatnego.

<sup>27</sup> Ibidem, s. 3 i 4.

<sup>28</sup> Dz.U. 2016 poz. 1920.

<sup>29</sup> Por. B.P. KORBUS, M. STRAWIŃSKI, *Partnerstwo publiczno-prywatne...*, s. 282.

- 2) *Operate and Maintenance* – w tym rodzaju PPP podmiot publiczny zawiera z podmiotem prywatnym umowę, na mocy której podmiot prywatny zajmuje się utrzymaniem oraz bieżącą eksploatacją określonych składników infrastruktury publicznej. Własność infrastruktury pozostaje w rękach podmiotu publicznego, a partner prywatny zapewnia jego obsługę. Istotne jest również, że partner prywatny pokrywa koszty utrzymania infrastruktury. Jednocześnie pobiera on wynagrodzenie w formie bądź bezpośrednich opłat od beneficjentów, bądź w drodze transferów z budżetu publicznego. Ten rodzaj partnerstwa wskazuje się jako odpowiedni dla szerokiej gamy usług, w tym np. utrzymania terenów zielonych, budynków publicznych czy też dróg lub parkingów miejskich. Jego zaletą jest przede wszystkim polepszenie jakości i wydajności świadczonych usług oraz oszczędność kosztów ponoszonych przez podmiot publiczny. Jako wady wskazuje się ograniczenie wpływu władzy publicznej na jakość świadczonych usług, jak również pozostałe zagrożenia typowe dla wszystkich rodzajów PPP.
- 3) *Design-Build* – w tym rodzaju współpracy podmiot publiczny zawiera umowę z partnerem prywatnym, na podstawie której partner prywatny zajmuje się zaprojektowaniem i/lub – w zależności od postanowień umowy – realizacją zaprojektowanej przez siebie inwestycji, a następnie jej bieżącym wykorzystaniem i utrzymaniem. Infrastruktura powstała na podstawie umowy przez cały okres jej obowiązywania stanowi własność partnera prywatnego. Zalety oraz wady kształtują się podobnie jak w przypadku trybu *Operate and Maintenance*. Bardzo zbliżoną do omawianego trybu partnerstwa formą współpracy jest tzw. *Turnkey Operation*, przewidziana do realizacji inwestycji bardziej złożonych w zakresie technologii czy też „wrażliwości politycznej”, np. w zakresie energetyki.
- 4) *Warp Around Addition* – ten rodzaj współpracy przewiduje możliwość ulepszenia już istniejącej infrastruktury technicznej znajdującej się we władaniu podmiotu publicznego. Istnieje w tym wariantcie opcja przewidująca zawarcie porozumienia, na mocy którego partner prywatny sfinansuje i wykona określone roboty lub usługi służące polepszeniu istniejącej infrastruktury. Partner prywatny będzie zobowiązany do obsługi ulepszeń i jednocześnie uprawniony do czerpania zysków z prowadzonej działalności. Po zakończeniu okresu obowiązywania umowy ulepszenia przechodzą na własność właściciela infrastruktury. Jako zaletę wskazuje się podniesienie standardu świadczonych usług związanych z infrastrukturą. Jednostka samorządu terytorialnego może przy pomocy omawianego rodzaju partnerstwa dostarczyć mieszkańcom dodatkowych usług o charakterze publicznym. Całość ryzyka finansowego związanego z wykonaniem ulepszenia ciąży na partnerze prywatnym. Wskazuje się, że w celu przerzucenia ryzyka na partnera prywatnego istnieje konieczność uniknięcia przez podmiot publiczny poręczeń budowlanych obejmujących zobowiązanie partnera prywatnego związane z daną inwestycją.

Wskazany rodzaj współpracy ma ponadto tę zaletę, że umożliwia partnerowi prywatnemu wejście w posiadanie wysokorozwiniętych technologii. Jednocześnie inwestycja w takie technologie rodzi niebezpieczeństwo wysokich kosztów jej dokończenia w razie wycofania się podmiotu prywatnego.

- 5) *Temporary Privatization* – ten rodzaj współpracy polega na przeniesieniu publicznej własności infrastruktury na podmiot prywatny. Celem takiego działania jest, po pierwsze, ulepszenie oraz modernizacja przez partnera prywatnego, tj. nowego właściciela, infrastruktury służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkańców, po drugie zaś, wykorzystywanie tej infrastruktury do celów związanych z realizacją zadania publicznego. Podmiot prywatny po okresie określonym w umowie obowiązany jest do przeniesienia własności infrastruktury na podmiot publiczny. Przeniesienie czasowe własności posiada zaletę polegającą na odciążeniu podmiotu publicznego w sferze uprawnień właścicielskich przy jednoczesnym zapewnieniu poprawy jakości świadczonych usług. Podczas przeniesienia prawa własności na podmiot prywatny ryzyko uszkodzeń, czy też jego utraty, spoczywa na podmiocie prywatnym. Ten rodzaj partnerstwa wymaga szczegółowego określenia zasad współpracy między partnerami, w tym kar umownych.
- 6) *Build-Own-Operate-Transfer* – ten rodzaj współpracy polega na tym, że partner prywatny otrzymuje wymagane przepisami prawa zezwolenie na finansowanie, wykonanie, a następnie obsługę określonych inwestycji. Partner prywatny zarządzając wybudowaną infrastrukturą, czerpie zyski z opłat wnoszonych przez konsumentów. Po okresie, który gwarantuje partnerowi prywatnemu osiągnięcie zysku, infrastruktura przekazywana jest partnerowi publicznemu. Jako zaletę tego rodzaju współpracy wskazuje się najbardziej wydajne i efektywne wykorzystywanie zaangażowanych zasobów oraz uniknięcie zbędnych, zwiększających dług publiczny wydatków. Ponadto po wygaśnięciu umowy infrastruktura dostarcza partnerowi prywatnemu znaczne dochody. Ryzyko ekonomiczne planowania i realizacji spoczywa co do zasady na partnerze prywatnym. Jako wady omawianego trybu wskazuje się zagrożenia związane z niestarannym zabezpieczeniem interesu publicznego w umowie o partnerstwie. Konieczne staje się ustalenie szczegółowych zasad dotyczących pobieranych przez partnera opłat, jak również pozostałych kwestii dotyczących wszystkich rodzajów partnerstwa, tj. tzw. pakietu gwarancyjnego.
- 7) *Lease-Purchase* – w tym rodzaju partnerstwa partner prywatny projektuje, finansuje i przeprowadza inwestycję, a następnie udostępnia ją, np. przez wydzierżawienie, podmiotowi publicznemu. Inwestycja realizowana jest pod ścisłym nadzorem i wskazówkami podmiotu publicznego. Jako zaletę wskazuje się możliwość szybkiego dostępu do określonej infrastruktury, na którą nie stać w normalnych warunkach podmiotu publicznego. Rozwiązanie to może zatem znaleźć zastosowanie tam, gdzie zakup środków trwałych przekracza

aktualne możliwości finansowe podmiotu publicznego. Inwestycja gwarantuje szybki dostęp do nowych technologii. Ryzyko związane z bieżącym utrzymaniem wykorzystywanego sprzętu ciąży na podmiocie prywatnym.

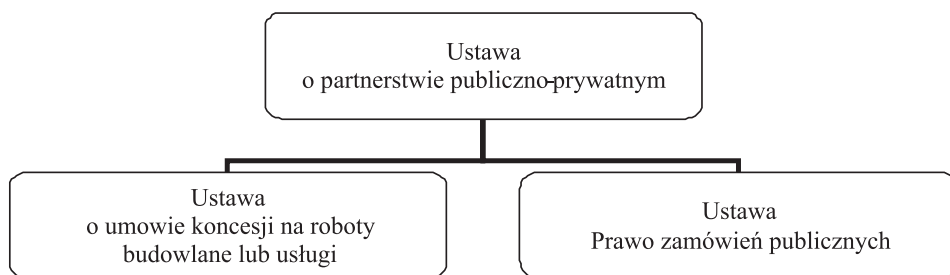
#### **4. Regulacja normatywna partnerstwa publiczno-prywatnego**

Regulacja normatywna partnerstwa publiczno-prywatnego zawarta została w kilku aktach prawnych. Do podstawowych zaliczyć należy: Ustawę z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Ustawę z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi oraz Ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym stanowi ustawę ramową określającą współpracę podmiotów publicznych i prywatnych realizujących zadania publiczne. Znajduje ona zawsze zastosowanie przy realizacji projektów PPP. W ustawie zawarto siedem rozdziałów. Pierwszy z nich, zatytułowany *Przepisy ogólne*, zawiera definicje: partnerstwa publiczno-prywatnego, podmiotu publicznego, partnera prywatnego, składnika majątkowego, przedsięwzięcia oraz wkładu własnego, jak również określa kompetencje ministra właściwego do spraw gospodarki w sprawach zawartych w ustawie.

Rozdział drugi, pt. *Wybór partnera prywatnego*, zawiera postanowienia dotyczące odesłania do aktów normatywnych, które znajdują zastosowanie do trybu wyboru partnera prywatnego oraz kształtowania treści umowy o PPP, postanowienia w zakresie obowiązków publikacyjnych podmiotu publicznego oraz kryteria dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty. Fundamentalne znaczenie w tej części ustawy posiada art. 4. Wskazuje on akty normatywne, które stosuje się w sprawach trybu wyboru partnera prywatnego oraz kształtowania treści stosunku zobowiązaniowego – umowy o PPP. W zależności od źródła wynagrodzenia jest to bądź ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, bądź ustawa Prawo zamówień publicznych. Pierwszą z nich stosuje się wówczas, jeżeli wynagrodzenie partnera prywatnego zostało określone w sposób, o którym mowa w art. 3 ust. 2 tejże ustawy. W pozostałych zaś sytuacjach zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.





Rozdział trzeci ustawy, zatytułowany *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz realizacja partnerstwa publiczno-prywatnego*, zawiera częściową regulację dotyczącą treści umowy o PPP, w tym postanowienia związane z zasadami kształtowania wynagrodzenia partnera prywatnego, kontrolą wykonywaną przez podmiot publiczny, wniesieniem składnika majątkowego oraz zmianami treści umowy.

Rozdział czwarty, pt. *Partnerstwo publiczno-prywatne w formie spółki*, zawiera przepisy *lex specialis* w stosunku do Kodeksu Spółek Handlowych wskazujące na zasady realizowania projektów PPP przy wykorzystaniu formy spółki kapitałowej, komandytowej lub komandytowo-akcyjnej.

W rozdziale piątym, nazwanym *Przepisy z zakresu finansów publicznych*, określone zostały kompetencje ministra właściwego do spraw finansów publicznych w sprawach wyrażania zgody na sfinansowanie przedsięwzięcia z budżetu państwa w kwocie przekraczającej 1 mld zł.

## 5. Etapy realizacji projektu PPP

Jak zostało wspomniane w podrozdziale 1 niniejszego opracowania, w literaturze przedmiotu PPP określone jest jako złożony proces obejmujący całokształt działań organizacyjnych, począwszy od sporządzania analiz aż do zawarcia umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, a następnie wspólnego faktycznego realizowania przedsięwzięcia<sup>30</sup>. Powyższa definicja wskazuje na etapy realizacji przedsięwzięcia. Można podzielić je na:

- etap identyfikacji przedsięwzięcia;
- etap wyboru doradcy zewnętrznego;
- etap wyboru partnera prywatnego;
- etap zawarcia umowy o PPP;
- etap właściwej realizacji przedmiotu umowy o PPP.

<sup>30</sup> Por. M. KULESZA, M. BITNER, A. KOZŁOWSKA, *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym...*, s. 33.

### 5.1. Etap identyfikacji przedsięwzięcia

Przed podjęciem decyzji w przedmiocie realizacji przedsięwzięcia w oparciu o PPP zasadne staje się dokonanie szeregu analiz przedrealizacyjnych. Warto wskazać, iż w obecnym stanie prawnym brak jest przepisu, który obligatoryjnie nakazywałaby sporządzenie przedmiotowych analiz. Odmiennie sytuacja kształtowała się pod rządami art. 11 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym. W świetle wskazanego przepisu przed podjęciem decyzji o realizacji określonego przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego podmiot publiczny obowiązany był do sporządzenia analizy tego przedsięwzięcia w celu określenia jego efektywności oraz zagrożeń związanych z jego realizacją w taki sposób, a w szczególności w zakresie:

- 1) ryzyk związanych z realizacją projektowanego przedsięwzięcia, z uwzględnieniem różnych sposobów ich podziału między podmiotem publicznym i partnerem prywatnym oraz wpływu na poziom długu publicznego i deficytu sektora finansów publicznych;
- 2) aspektów ekonomicznych i finansowych projektowanego przedsięwzięcia, w tym porównania kosztów realizacji przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego z kosztami jego realizacji w inny sposób;
- 3) porównania korzyści związanych z realizacją przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego z korzyściami i zagrożeniami społecznymi związanymi z realizacją przedsięwzięcia w inny sposób;
- 4) stanu prawnego składników majątkowych, jeżeli prawo do składników majątkowych miało być przeniesione lub ustanowione przez podmiot publiczny na rzecz partnera prywatnego lub spółki, o której była mowa w art. 19 ust. 1 tejże ustawy.

Na kluczowe znaczenie analiz przedrealizacyjnych dla przedsięwzięć publicznych NIK zwracała uwagę w *Informacji o wynikach kontroli – Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego*. W informacji tej wskazano m.in. na brak odpowiedniego przygotowania przez podmioty publiczne analiz przedrealizacyjnych, które skutkowało bądź brakiem możliwości wypracowania konsensusu z partnerem prywatnym w trakcie negocjacji, bądź też wadliwą konstrukcją umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ponadto niepożądanym zjawiskiem było również ignorowanie wyników analiz przedrealizacyjnych<sup>31</sup>. Także Europejskie Centrum Wiedzy na temat PPP z siedzibą w Luksemburgu wskazało analizy przedrealizacyjne jako istotny instrument planowania przedsięwzięcia w formule PPP.

Przed przystąpieniem do realizacji przedsięwzięcia rekomenduje się zatem dokonanie co najmniej następujących analiz:

---

<sup>31</sup> Por. *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 5–6.

- 1) Po pierwsze: analizę możliwości sfinansowania przedsięwzięcia. Polega ona na zidentyfikowaniu możliwości pokrycia kosztów budowy obiektu (w tym ewentualnie tzw. kosztów opłaty za dostępność) oraz/lub jego późniejszej eksploatacji i utrzymania. W ramach tego elementu rozpatruje się zdolność do ponoszenia wydatków przez podmioty publiczne lub użytkowników korzystających z usług.
- 2) Po drugie: analizę możliwej alokacji ryzyka. Polega ona na rozpoznaniu ryzyka związanego z danym projektem. Rekomenduje się następujące fazy alokacji ryzyka: identyfikację ryzyka, analizę ryzyka, minimalizowanie ryzyka, monitorowanie i przegląd ryzyka. Warto w tym miejscu zauważyć, iż brak prawidłowego przeprowadzenia analizy ryzyk stanowi jedną z najczęstszych przyczyn niepowodzenia przedsięwzięcia<sup>32</sup>.
- 3) Po trzecie: analizę wiarygodności finansowej. Polega ona na ustaleniu potencjalnych źródeł kredytowania inwestycji.
- 4) Po czwarte: tzw. analizę opłacalności. Analiza ta polega na zbadaniu relacji pomiędzy tradycyjnymi formami realizacji inwestycji (zamówieniami publicznymi) a realizacją inwestycji przy wykorzystaniu PPP. Z punktu widzenia kontroli podmiotów publicznych zauważyć należy, iż rekomenduje się przeprowadzenie udokumentowanej analizy wskazującej, iż przyjęta formuła PPP jest optymalną formą realizacji inwestycji<sup>33</sup>. Również zgodnie z wytycznymi Komisji Europejskiej wskazuje się, że formułę PPP należy uwzględniać tylko w sytuacji, gdy można wykazać, iż jej zastosowanie będzie skutkowało wartością dodaną w zestawieniu z innymi podejściami, w przypadku istnienia skutecznej struktury wdrażania oraz jeżeli w ramach takiego partnerstwa wszystkie strony mogą osiągnąć swoje cele. Taką korzyścią z PPP może być uzyskanie wyższego poziomu świadczenia usług publicznych<sup>34</sup>.
- 5) Po piąte: analizę możliwości wykorzystania środków finansowych UE. Tzw. hybrydowe PPP. Zgodnie z regulacją zawartą w art. 62 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 przedsięwzięcia realizowane w formule PPP mogą być wspierane w ramach środków z europejskich funduszy strukturalnych

<sup>32</sup> Ibidem, s. 7.

<sup>33</sup> Ibidem, s. 18.

<sup>34</sup> Por. *Wytyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Komisja Europejska, styczeń 2003.

i inwestycyjnych. W perspektywie finansowej 2014–2020 środki z tych funduszy będą przeznaczone na realizację polityki spójności, wspólnej polityki rolnej oraz wspólnej polityki rybołówstwa. Projekt PPP może zostać wsparty środkami pochodzącymi z EFSI zarówno na etapie jego przygotowania, jak i realizacji<sup>35</sup>.

- 6) Po szóste: analizę prawną obejmującą analizę możliwych prawnych ścieżek realizacji przedsięwzięcia.
- 7) Po siódme: analizę techniczną polegającą na analizie zagadnień projektowych, budowlanych oraz architektonicznych.

## 5.2. Etap wyboru doradcy zewnętrznego

Poziom skomplikowania projektów realizowanych w oparciu o formułę PPP uzasadnia dążenie podmiotów publicznych do wypracowania solidnej podstawy planowanej inwestycji już na wczesnym etapie jej przygotowywania. Z tego powodu rekomendowane jest posilkiwanie się doradcami zewnętrznymi na etapie przygotowania lub weryfikacji analiz przedrealizacyjnych<sup>36</sup>. Zgodnie ze stanowiskiem NIK badającej wszystkie postępowania w sprawie zawarcia umów PPP, które miały miejsce w Polsce do 2013 r., najlepiej do realizacji projektów przygotowane były te podmioty publiczne, które korzystały z fachowego doradztwa i analizowały przyczyny niepowodzenia nieudanych postępowań<sup>37</sup>. Warto wskazać, iż wybór doradcy zewnętrznego powinien nastąpić z uwzględnieniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zwykle doradca zewnętrzny świadczy swoje usługi w zakresie: wiedzy prawnej, wiedzy ekonomicznej bądź wiedzy technicznej.

Zadania doradcy prawnego obejmują:

- doradztwo w sprawie wykonalności projektu od strony prawnej;
- doradztwo w zakresie wyboru odpowiedniej formy przeprowadzenia inwestycji;
- doradztwo w sprawie wstępnego ogłoszenia o inwestycji;
- doradztwo w sprawie dokumentacji związanej z inwestycją;
- udział w negocjacjach (dialogu konkurencyjnym);
- opracowanie umowy PPP;
- opracowanie dokumentacji związanej z postępowaniem w sprawie wyboru partnera prywatnego;

<sup>35</sup> Por. *Partnerstwo publiczno-prywatne w nowym okresie programowania (2014–2020). Komentarz do przepisów Rozporządzenia Ogólnego na lata 2014–2020 w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego*, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2014, s. 11.

<sup>36</sup> Por. *Wybór doradcy partnerstwa publiczno-prywatnego – praktyczne wskazówki dla strony publicznej*, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2013, s. 6.

<sup>37</sup> *Informacja o wynikach kontroli...*, s. 17.

- nadzór nad realizacją projektu.
- Zadania doradcy ekonomicznego obejmują:
- doradztwo w opracowaniu wszelkich aspektów finansowych projektu;
  - wskazanie sposobów pozyskiwania ewentualnych środków publicznych na potrzeby projektu;
  - doradztwo w sprawie możliwości skorzystania z określonych źródeł finansowania oraz sposobów ich optymalizacji w ramach struktury finansowania;
  - optymalizację, analizę oraz kontrolę modeli finansowych proponowanych przez partnerów prywatnych;
  - ocenę ofert finansowych w całej fazie postępowania;
  - doradztwo w zakresie problemów związanych z wiarygodnością finansową wynikającą z umowy o PPP;
  - analizę finansową składanych ofert;
  - udział w negocjacjach.
- Zadania doradcy technicznego obejmują:
- weryfikację koncepcji projektu przyjętą przez stronę publiczną w aspekcie technicznym;
  - badanie posiadanych przez zamawiającego dokumentów, identyfikację koniecznych do wykonania działań, w tym określenie koniecznych do przeprowadzenia szczegółowych analiz i prac;
  - przyjmowanie wstępnych założeń technicznych projektu (w tym środowiskowych i innych właściwych);
  - prowadzenie analiz w zakresie przyjętych rozwiązań technicznych i technologicznych wraz ze wskazaniem wariantu właściwego i najkorzystniejszego dla strony publicznej oraz przygotowanie projektów ogłoszeń o koncesji lub zamówieniu publicznym, opisów przedmiotu partnerstwa lub koncesji, projektów umów oraz innej dokumentacji niezbędnej do realizacji projektu;
  - sporządzanie wymagań i specyfikacji dotyczących rezultatów projektu PPP;
  - ocenę wszelkich rozwiązań technicznych w fazie zamówienia;
  - przeprowadzenie analizy technicznej rozwiązań proponowanych przez wykonawców;
  - wykonywanie prac związanych z oceną warunków w miejscu realizacji projektu, planowaniem i projektowaniem technicznym.

### 5.3. Etap wyboru partnera prywatnego

Etap wyboru partnera prywatnego stanowi pierwszy „zewnętrzny” etap postępowania. Jego celem jest doprowadzenie do wyboru partnera prywatnego, który będzie realizował projekt. Należy w tym miejscu przypomnieć, iż etap ten może przebiegać w dwóch zasadniczych trybach. Pierwszy stanowi połączenie regulacji prawnej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym i ustawy o umowie koncesji

na roboty budowlane lub usługi, drugi zaś połączenie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy Prawo zamówień publicznych. Wspólna dla obu trybów jest natomiast regulacja dotycząca kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 6 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym do kryteriów obligatoryjnych wyboru partnera prywatnego zaliczyć należy:

- podział zadań i ryzyk związanych z przedsięwzięciem pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- terminy i wysokość przewidywanych płatności i innych świadczeń podmiotu publicznego (jeśli są planowane).

Do kryteriów fakultatywnych natomiast zalicza się:

- podział dochodów pochodzących z przedsięwzięcia pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym;
- stosunek wkładu własnego podmiotu publicznego do wkładu partnera prywatnego;
- efektywność realizacji przedsięwzięcia, w tym efektywność wykorzystania składników majątkowych;
- kryteria odnoszące się bezpośrednio do przedmiotu przedsięwzięcia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, poziom oferowanych technologii, koszt utrzymania oraz serwis.

#### 5.4. Etap zawarcia umowy

Zawarcie umowy z partnerem prywatnym stanowi „ukoronowanie” dotychczasowego postępowania. Umowa o PPP regulowana jest przepisami ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, Kodeksu cywilnego, przepisami szczególnymi oraz – w zależności od źródła wynagrodzenia partnera prywatnego – ustawą o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi bądź też ustawą Prawo zamówień publicznych. Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym ma charakter umowy ramowej określającej zasady współpracy pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym podejmowanej w celu realizacji przedsięwzięcia. Umowa ta w praktyce stanowi często źródło innych umów zobowiązaniowych, takich jak umowa o roboty budowlane, umowy o dzieło i inne.

Umowie o PPP poświęcony został rozdział 3 ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 7–13). Na gruncie wskazanych przepisów uregulowane zostały:

- podstawowe obowiązki stron umowy;
- zagadnienia dotyczące kontroli realizacji przedsięwzięcia przez partnera prywatnego;
- zasady dotyczące wniesienia oraz ewentualnego przekazania wkładów własnych po zakończeniu trwania umowy;
- zasady wyboru nowego partnera prywatnego po rozwiązaniu umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym;



- zasady dotyczące zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru partnera prywatnego.

Poza przepisami ustawowymi, nakazującymi stronom uwzględnienie w treści umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym określonych rozwiązań prawnych, w praktyce pojawiają się również inne klauzule wypracowane w drodze negocjacji, w zależności od konkretnych potrzeb współdziałających stron. Do klauzul tych zalicza się najczęściej<sup>38</sup>:

- w zakresie postanowień ogólnych umowy: *Oznaczenie stron, Słowniczek pojęć, Przedmiot umowy, Wejście w życie i czas trwania umowy, Warunki zawieszające, Pomoc ze strony podmiotu publicznego, Zapewnienia i oświadczenia stron, Dodatkowe gwarancje, Dokumenty projektu oraz postępowanie w sytuacji kolizji postanowień, Podział odpowiedzialności*;
- w zakresie składników majątkowych: *Opis składników majątkowych, Tytuł prawny, Nabycie/przekazanie składników, Miejsce inwestycji, Stan terenu, Kwestie dotyczące uporządkowania terenu*;
- w zakresie fazy inwestycyjnej – Projekt, Budowa i Odbiór: *Program budowy/harmonogram, Przygotowanie projektu, Kryteria techniczne inwestycji, Dokumentacja inwestycyjna, Wybór przedstawicieli stron, Kryteria oceny projektu, Zasady wymiany informacji w fazie projektowej, Zapewnienie bezpieczeństwa, Emisje w trakcie inwestycji, Roboty budowlane, Regulacje branżowe i normy, Pozwolenia, Tryb wyboru i zatwierdzenia wykonawców i podwykonawców, Warunki weryfikacji i zatwierdzenia projektu/robót, Dostawy urządzeń i materiałów, Normy jakości, Kontrola, Dokumenty podlegające kontroli, Zmiany w harmonogramie, Znajdźiska, Drogi dostępu, transportu, regulacja ruchu, Zarządzanie kryzysowe, Media, Transfer technologii, Zakończenie robót, Przekazanie do użytkowania, Opóźnienia w zakończeniu inwestycji, Wady*;
- w zakresie eksploatacji: *Warunki świadczenia usług, Eksploatacja obiektu, Konserwacje i remonty, Monitoring i kontrola jakości świadczonych usług, Audyt procedur eksploatacji i konserwacji, Zasady postępowania w sytuacji wymuszonych zmian eksploatacyjnych, Harmonogram usług, Odstępstwa od standardu, Relacje z użytkownikami, Inne postanowienia dotyczące eksploatacji*;
- w zakresie zobowiązań stron: *Przestrzeganie standardów, Zabezpieczenie wykonania zobowiązań, Przejęcie pracowników, Amortyzacja, Informacja i reklama, Zmiany w przedsięwzięciu, Kluczowe decyzje, Optymalizacja wydatków publicznych, Odpowiedzialność wobec osób trzecich, Umowy z osobami trzecimi oraz zmiany wykonawców, Wstąpienie w prawa i obowiązki partnera prywatnego, Ubezpieczenie*;

<sup>38</sup> Zob. np. W. Grzybowski: *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ramy określające standardową zawartość*, Ministerstwo Gospodarki, Departament Instrumentów Wsparcia, Warszawa 2007.

- w zakresie utrzymania: *Finansowanie przedsiębiorstwa, Wydatki stron, Wynagrodzenie partnerów, Regulacja opłat końcowych, Sposób pobierania opłat i rachunki bankowe, Zysk partnera prywatnego, Dywidenda, Struktura wynagrodzenia, Sprawozdanie finansowe*;
- w zakresie kar finansowych: *Zasady naliczania kar i ich potrącenia, Zapobieganie powtarzającym się naruszeniom oraz powstaniu szkody, Przerwy w dostawie usług*;
- w zakresie zmian umowy: *Zmiany zakresu przedsięwzięcia, Zmiany w prawie, Zmiany treści umowy, Refinansowanie, Zmiany podmiotowe*;
- w zakresie wygaśnięcia umowy: *Rozwiązanie umowy, Szczególne przypadki rozwiązania umowy, Współpraca z następcą, Przedłużenie okresu wykonywania niektórych postanowień umowy*;
- w zakresie przekazania składnika majątkowego podmiotowi publicznemu: *Tryb przekazania, Zakres przekazania, Koszty przekazania, Zwolnienie za bezpieczeń, Przejęcie pracowników*;
- w zakresie pozostałych postanowień: *Dostosowanie modelu finansowego, Podwykonawstwo, Własność intelektualna, Informacje poufne, Zakaz niezgodzonych wypowiedzi publicznych, Odsetki, Dane osobowe, Ograniczenie odpowiedzialności, Zbieg roszczeń, Całość umowy, Język i egzemplarze, Zawiadomienia, Częściowa nieważność, Rozwiązywanie sporów, prawo właściwe i jurysdykcja*.

### 5.5. Etap właściwej realizacji przedmiotu umowy o PPP

Właściwy etap PPP polega na realizacji projektu. W zależności od wybranego wariantu partnerstwa publiczno-prywatnego realizacja może polegać bądź na budowie, a następnie utrzymaniu obiektu i zarządzaniu nim, bądź tylko na zarządzaniu obiektem i jego utrzymaniu. Etap ten, w zależności od projektu, może trwać kilka, kilkanaście bądź nawet kilkadziesiąt lat. Konieczna staje się tu aktywna postawa podmiotu publicznego. W należycie ukształtowanej umowie o partnerstwie publiczno-prywatnym podmiotowi publicznemu na etapie realizacji umowy służyć powinno:

- prawo do kierowania i kontroli projektu / nadzoru nad projektem;
- prawo do wymierzania sankcji za nienależytą realizację projektu;
- prawo do jednostronnego wypowiedzenia umowy w przypadku poważnych naruszeń postanowień umowy przez partnera prywatnego;
- prawo do uzyskiwania od partnera prywatnego w każdym czasie wszelkich informacji związanych z realizacją projektu;
- możliwość zastrzeżenia konieczności uzyskiwania przez partnera prywatnego zgody podmiotu publicznego na podjęcie określonych czynności.

## Bibliografia

### L i t e r a t u r a

- FRIER P.L., PETIT J., *Precis de droit administratif*, Paris 2010.
- GAJEWSKA-JEDWABNY A. (red.), *Partnerstwo publiczno-prywatne*, Warszawa 2007.
- GRZYBOWSKI W., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Ramy określające standardową wartość*, Ministerstwo Gospodarki, Departament Instrumentów Wsparcia, Warszawa 2007.
- HAUSER J. (red.), *Raport o partnerstwie publiczno-prywatnym w Polsce*, Warszawa 2013.
- KANIA M., *Legal Aspects of New Possibilities for Foreign Entrepreneurs*, [in:] *Free Movement of Goods and Persons Cross The Polish-Czech-Slovak Border. Legal Differences and Similarities*, ed. B. MIKOŁAJCZYK, Katowice 2012.
- KANIA M., *Umowa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Studium administracyjnoprawne*, Katowice 2013.
- KULESZA M., BITNER M., KOZŁOWSKA A., *Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym. Komentarz*, Warszawa 2006.
- KANIA M., MARQUARDT P., *Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 roku o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Toruń 2010.
- KORBUS B.P., STRAWIŃSKI M., *Partnerstwo publiczno-prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2009.
- KORBUS B.P., CIEŚLAK R., ZALEWSKI D. (red.), *Raport rynku PPP. Ocena obecnego stanu i perspektyw finansowego zaangażowania sektora prywatnego i publicznego w rozwój partnerstwa publiczno-prywatnego w Polsce*, Warszawa 2013.
- YESCOMBE E.R., *Public Private Partnership. Principles of Policy and Finance*, Oxford 2007.

### D o k u m e n t y

- Informacja o wynikach kontroli. Realizacja przedsięwzięć w systemie partnerstwa publiczno-prywatnego*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2013.
- Partnerstwo publiczno-prywatne w nowym okresie programowania (2014–2020). Komentarz do przepisów Rozporządzenia Ogólnego na lata 2014–2020 w zakresie partnerstwa publiczno-prywatnego*, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2014.
- Public-Private Partnerships: Alternative Procurement Methods for Campus Development in the University of California System*, A Bay Area Council Economic Institute White Paper, June 2010.
- Raport pt. *Market Update Review of the European PPP Market 2015*, European Public-Private Partnership Centre.
- Uzasadnienie do projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, druk sejmowy nr 1180, źródło: <http://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKUkEwj-DmaGzqYvWahWDYpoKHWREDNUQFggnMAA&url=http%3A%2F%2Fww2.senat.pl%2F-k7%2Fdok%2Fsejm%2F024%2F1180.pdf&usg=AFQjCNEdQbTfukMJhVzNdQOHU9Tu-U1BVEA> (dostęp: 22.03.2017).
- Wybór doradcy partnerstwa publiczno-prywatnego – praktyczne wskazówki dla strony publicznej*, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Warszawa 2013.
- Wtyczne dotyczące udanego partnerstwa publiczno-prywatnego*, Komisja Europejska, sty-czeń 2003.

### Źródła prawa

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, Dz.U. 2004 nr 19 poz. 177 z późn. zm.

Ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. 2005 nr 169 poz. 1420 z późn. zm.

Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. 2009 nr 19 poz. 100 z późn. zm.

Ustawa z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, Dz.U. 2016 poz. 1920.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE z dnia 26 lutego 2014 r., Dz. Urz. UE L z 2014 nr 94.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1303/2013 z dnia 17 grudnia 2013 r. ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego objętych zakresem wspólnych ram strategicznych oraz ustanawiającego przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego i Funduszu Spójności oraz uchylającego rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006.

Ordonans n° 2004-559 z dnia 17 czerwca 2004 r.